

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme après l'avis 2/13

*Samantha Besson**

Sommaire

- A. Introduction
- B. Les rapports entre le droit de l'UE et la CEDH
 - I. Du point de vue du droit de l'UE
 - II. Du point de vue de la CEDH
- C. La généalogie du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH
 - I. Les premières tentatives d'adhésion: l'avis 2/94 et ses suites
 - II. Le cadre légal de l'adhésion: l'art. 6 (2) TUE, le Protocole 8 au TUE et le Protocole 14 CEDH
 - III. Les spécificités d'adoption de l'accord d'adhésion: l'art. 218 (6) et (8) TFUE
 - IV. La négociation du projet d'accord: 2010-2013
- D. Le projet d'accord d'adhésion de 2013
 - I. La nature du projet d'accord
 - II. Les grandes lignes du projet d'accord
 - III. Les questions laissées ouvertes par le projet d'accord
- E. L'avis 2/13
 - I. La procédure d'avis en général et dans ce cas particulier
 - II. La prise de position positive de l'Avocate générale *Kokott*
 - III. L'avis négatif de la CJUE
- F. La critique de l'avis 2/13
 - I. Du point de vue du droit de l'UE
 - II. Du point de vue de la CEDH
 - III. Du point de vue du droit international
 - IV. Du point de vue du droit des Etats membres de l'UE
 - V. Du point de vue du droit des Etats parties à la CEDH
- G. Les réactions possibles
 - I. La modification du projet d'accord d'adhésion
 - II. La révision des traités de l'UE
 - III. La ratification du projet d'accord d'adhésion avec des cautèles
 - IV. L'abandon du projet d'accord d'adhésion
- H. Les conséquences à court et long terme
 - I. Sur le plan politique et diplomatique
 - II. Sur le plan juridique
- I. Conclusions

* Cet article est issu du texte d'une conférence que j'ai donnée à l'invitation de l'Office fédéral de la justice le 16.03.2015, puis lors de la *Journée BENEFRI* en droit européen du 06.05.2015. Il en garde le style introductif, oral et direct. Je tiens à remercier Madame *Gaëlle Mieli*, assistante-diplômée auprès de la *Chaire de droit international public et de droit européen*, de son aide précieuse dans la mise en forme du texte de l'article.

A. Introduction

Le 18.12.2014, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu un avis 2/13¹ dans lequel elle conclut à l'incompatibilité entre le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne (UE) à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et les traités UE.

Afin de mieux comprendre l'avis rendu et d'évaluer ses implications pour l'avenir des relations entre l'UE et la CEDH, il est important de revenir aux origines du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH et aux développements de la juridiction de la CJUE en matière de droits fondamentaux qui ont précédé le Traité de Lisbonne. C'est là en effet que se trouve la source des nombreuses difficultés qu'identifie la CJUE dans le projet d'accord d'adhésion, mais c'est également là que se trouveront les solutions à la crise constitutionnelle et institutionnelle que ne va pas manquer d'entraîner l'avis.²

¹ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

² La preuve en soit la multitude de publications générées par l'avis 2/94 (CJUE, avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140) depuis fin décembre 2014, comparable d'ailleurs à celle qu'avait entraînées l'arrêt *Kadi* (CJUE, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 [*Kadi*]). Sur l'avis, voir p.ex. *Piet Eeckhout*, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/15/documents/JMWP01Eeckhout.pdf>> (consulté 15.05.2015); *Daniel Halberstam*, « It's the Autonomy, Stupid ! » A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and a Way Forward, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2015, 439. Suivi par un Symposium sur Verfassungsblog en mars-avril 2015: <<http://www.verfassungsblog.de/en/category/focus/union-meets-convention-how-to-move-on-with-accession-after-cjeu-opinion-213-en-en-en-en-en-en/>> (consulté 15.05.2015); *Jean-Paul Jacqué*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev. 2011, 995; *Peter Jan Kuijper*, Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog, ACELG Blog du 06.01.2015, <<http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%E2%80%99s-acelg-blog/>> (consulté 15.05.2015); *Leonard F. M. Besselink*, Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, ACELG Blog du 24.12.2014, <<http://acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/>> (consulté 15.05.2015); *Tobias Lock*, Schlägt das Imperium zurück? Die Strassburger Reaktion auf das EuGH-Gutachten zum EMRK-Beitritt, Verfassungsblog du 30.01.2015, <<http://www.verfassungsblog.de/will-empire-strike-back-strasbourgs-reaction-cjeus-accession-opinion/#.VM9AEE10zcs>> (consulté 15.05.2015); *Catherine Barnard*, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: Looking for the Silver Lining, EU Law Analysis du 16.02.2015, <<http://eulawanalysis.blogspot.ch/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html>> (consulté 15.05.2015); *Rostane Mehdi*, avis 2/13: le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne, Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice du 13.02.2015, <<http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/justice/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>> (consulté 15.05.2015); *Henri Labayle*, La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH, Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice du 22.12.2014, <<http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>> (consulté 15.05.2015); *Leonard F.M. Besselink*, Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, Verfassungsblog du 23.12.2014, <<http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VM9CZE10zcs>> (consulté 15.05.2015); *Steve Peers*, The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Law Analysis du 18.12.2014, <<http://eula>

Après quelques rappels sur les rapports entre le droit de l'UE et la CEDH (B.) et sur la généalogie du projet d'accord d'adhésion (C.), les grandes lignes du projet seront présentées (D.). S'ensuivront un résumé (E.) et une critique de l'avis 2/13 (F.). Il s'agira ensuite d'envisager les réactions possibles à cette déclaration d'incompatibilité (G.), puis d'anticiper les conséquences à court et long terme pour les rapports entre le droit de l'UE et la CEDH (H.).

B. Les rapports entre le droit de l'UE et la CEDH

I. Du point de vue du droit de l'UE

1. *En général*

La CEDH est une source de droits fondamentaux dans les ordres juridiques de tous les Etats membres de l'UE. Ces derniers sont en effet tenus d'adhérer à la CEDH pour pouvoir adhérer à l'UE (art. 49 TUE, en lien avec les art. 2 et 6 TUE).

A l'heure actuelle, cependant, la CEDH n'est pas une source directe de droits fondamentaux en droit de l'UE, l'UE n'étant pas (encore) formellement partie à cet instrument. Elle est toutefois déjà une source d'inspiration indirecte dans l'interprétation des droits fondamentaux de l'UE, et ce avant tout au titre de principes généraux non-écrits (art. 6 al. 3 TUE).³ Cette reconnaissance de la CEDH au titre de principes généraux dans l'ordre juridique européen s'est d'abord faite par voie jurisprudentielle en réponse à l'ultimatum des cours constitutionnelles nationales,⁴ et se poursuit encore ainsi aujourd'hui.⁵ Dans ce travail d'interprétation des droits fondamentaux de l'UE, la CEDH s'est d'ailleurs vue reconnaître une « signification particulière » par la CJUE du fait de sa qualité d'instrument européen commun à tous les Etats membres de l'UE.⁶ En cela, la

wanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (consulté 15.05.2015); *Sionaidh Douglas-Scott*, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice, *Verfassungsblog* du 24.12.2014, <<http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VM9CYk10zcs>> (consulté 15.05.2015); *Tobias Lock*, Oops! We Did it Again – Das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU, *Verfassungsblog* du 18.12.2014, <<http://www.verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VM87H010zcs>> (consulté 15.05.2015). Voir aussi l'éditorial du CML Rev. 2015, 1; les différentes contributions au symposium du *Verfassungsblog* 2015 sur l'article d'*Halberstam* (note 2), <<http://www.verfassungsblog.de/category/schwerpunkte/union-meets-convention-how-to-move-on-with-accession-after-cjeu-opinion-213-de-de-de-de/>> (consulté 15.05.2015); et les différentes contributions de l'édition spéciale du *German Law Journal* 2015, 16, <<https://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=16&no=1>> (consulté 15.05.2015).

³ Cf. aussi le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2012 C 326, 391.

⁴ Voir notamment BVerfGE 37, 271 – Solange I.

⁵ CJUE, aff. C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137, cons. 32 (Rutili/Ministre de l'intérieur); CJUE, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (Omega).

⁶ CJUE, aff. C-260-89, ECLI:EU:C:1991:254 (ERT); CJUE, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, cons. 33 (Omega); CJUE, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (Kadi).

CEDH a une place à part parmi les sources des droits fondamentaux de l'UE, si on la compare aux autres traités internationaux des droits de l'homme des Etats membres.⁷

Trois principes d'interprétation de la Charte des droits fondamentaux doivent aussi être mentionnés dans ce contexte. Ils contribuent en effet à moduler l'importance de la CEDH dans l'interprétation des droits fondamentaux de l'UE.

Premièrement, le principe d'interprétation conforme. L'art. 52 al. 3 de la Charte prévoit une obligation d'interprétation conforme des droits de la Charte correspondant à ceux de la CEDH. De manière intéressante, cette interprétation doit se faire conformément à celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) relatives aux droits concernés.⁸ Certaines incertitudes demeurent cependant sur la correspondance des droits des deux instruments et sur la rigueur de l'interprétation conventionnelle de la CJUE en pratique.⁹ Deuxièmement, le principe de faveur de la Charte. L'art. 52 al. 3 2^{ème} phrase de la Charte prévoit que la correspondance entre un droit de la Convention et un droit de la Charte ne fait pas obstacle à une protection plus étendue accordée par la Charte. Troisièmement, le principe de faveur général. L'art. 53 de la Charte étend ce principe de faveur aux autres sources de droits de l'homme dans les Etats membres de l'UE, y compris à la CEDH, et ce de manière à assurer le meilleur niveau de protection des droits fondamentaux et éviter que la Charte ne s'y oppose.¹⁰

2. Dans la jurisprudence de la CJUE

L'interprétation par la CJUE des droits fondamentaux de l'UE correspondant à la CEDH a longtemps été problématique, celle-ci divergeant régulièrement de celle donnée des mêmes droits par la CourEDH.

Ceci s'expliquait bien sûr dans la mesure où le standard conventionnel a toujours été considéré par la CJUE (à juste titre) comme minimal seulement. Des variations étaient dès lors possibles dans l'UE,¹¹ notamment dans la mesure où il pouvait exister des différences de principe, liées aux spécificités de l'ordre juridique de l'UE.¹² L'exemple le plus intéressant dans ce contexte est celui du respect des garanties procédurales de la CEDH dans le cadre de la rédaction de ses

⁷ Sur les autres sources de droit international des droits de l'homme en droit de l'UE, voir *Olivier De Schutter/Israel de Jesus Butler*, *Binding the EU to International Human Rights Law*, Y.E.L. 2008, 277; *Grainne de Burca*, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, M.J. 2014, 168.

⁸ Voir p.ex. le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi que les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, établies par le Praesidium, JO 2007 C 303, 17.

⁹ Voir *Steve Peers/Sacha Prechal*, *Article 52 – Scope and Interpretation in: Peers et al. (éd.), The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, 2014, 1455.

¹⁰ Ce principe s'applique cependant dans les limites de la primauté du droit de l'UE, y compris des interprétations des droits fondamentaux de l'UE par le législateur européen, cependant: CJUE, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, cons. 59-60 (Melloni).

¹¹ CJUE, aff. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157 (AM&S/Commission); CJUE, aff. C-138/79, ECLI:EU:C:1980:249 (Roquette/Conseil); CJUE, aff. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:397 (Orkem/Commission); CJUE, aff. C-206-91, ECLI:EU:C:1992:523 (Koua Poirrez).

¹² CJUE, aff. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (Handelsgesellschaft).

conclusions par l'Avocat général. La question a longtemps divisé, et divise encore les deux cours.¹³

Depuis dix ans environ, cependant, on observe une meilleure prise en compte de la CEDH dans la jurisprudence de la CJUE. De fait, les interprétations de la CJUE sont toujours plus conformes à celles de la CourEDH. Il y a au moins quatre explications à cela.

Premièrement, la Charte a acquis un caractère contraignant avec le Traité de Lisbonne (art. 6 al. 1 TUE). C'est ce qui explique le développement progressif d'une forme de contrôle de constitutionnalité du droit de l'UE par la CJUE y compris au regard des droits fondamentaux de l'UE correspondant à ceux de la CEDH.¹⁴ Deuxièmement, il faut bien sûr rappeler que, comme mentionné précédemment, dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, la CJUE a acquis une obligation d'interprétation conforme des droits de la Charte correspondant à ceux de la CEDH (art. 52 al. 3 Charte).¹⁵ Troisièmement, il faut mentionner le quasi-contrôle de conventionnalité préventif mis en place par la CJUE. Ce contrôle fait suite à la jurisprudence *Bosphorus*¹⁶ de la CourEDH en 2005, et permet à la CJUE de faire en sorte que le droit de l'UE puisse continuer à bénéficier de la présomption d'équivalence établie dans cette jurisprudence. Finalement, la préparation de l'adhésion de l'UE à la CEDH a amené la CJUE à faire preuve de déférence stratégique vis-à-vis de la CourEDH. Il y a bien entendu encore quelques exceptions, mais elles demeurent rares.¹⁷

II. Du point de vue de la CEDH

1. En général

L'UE n'est pas un Etat partie à la CEDH. Elle n'est donc pas considérée comme titulaire d'obligations en soi. La CourEDH n'a pas non plus de juridiction personnelle sur l'UE.

Par contre, ses Etats membres sont parties à la CEDH et doivent la respecter, et ce même lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Ils peuvent donc indirectement

¹³ CJUE, aff. C-17/98, ECLI:EU:C:2000:70, cons. 14 ss. (*Emesa Sugar*); CourEDH, *Vermeulen c. Belgique*, Arrêt du 20.02.1996 (Grande Chambre), Recueil 1996-I; CourEDH, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays Bas*, Requête no 13645/05, Décision du 20.01.2009 (Troisième Section), Recueil 2009.

¹⁴ Voir p.ex. CJUE, aff. C-293/1 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*).

¹⁵ P.ex. CJUE, aff. C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, cons. 44-8 (*Varec*); CJUE, aff. C-89/08 P, ECLI:EU:C:2009:742, cons. 58-61 (*Commission c. Irlande*); CJUE, aff. C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, cons. 27-8 (*Elgafaji*); CJUE, aff. C-175/08, ECLI:EU:C:2010:105 (*Salahadin Abdulla e.a.*); CJUE, aff. C-578/08, ECLI:EU:C:2010:117, cons. 44 (*Chakroun*); CJUE, aff. C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke et Eifert*); CJUE, aff. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*); CJUE, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S. e.a.*); CJUE, aff. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319 (*Bonda*); CJUE, aff. C-293/1 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*).

¹⁶ CourEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, Requête no 45036/98, Arrêt du 30.06.2005 (Grande Chambre), Recueil 2005-VI.

¹⁷ P.ex. en relation au principe *ne bis in idem* (CJUE, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586 [*Spasic*]) ou au droit d'être entendu en matière d'immigration (CJUE, aff. C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533 [*G. et R.*]).

tement mettre en cause l'UE et son droit en cas de violation de la CEDH par leurs actions ou leurs omissions. Ils peuvent également être condamnés pour cette violation par la CourEDH, alors même qu'ils n'en sont pas les seuls responsables.

Ce hiatus entre les titulaires d'obligations CEDH (les Etats membres de l'UE) et la source de leur violation (l'UE) a donné lieu à différentes approches dans la jurisprudence de la CourEDH.

2. *Dans la jurisprudence de la CourEDH*

a) *L'avant Bosphorus*

Durant longtemps, l'approche de la CourEDH face aux violations de la CEDH commises par les Etats membres de l'UE dans la mise en œuvre du droit de l'UE pouvait être qualifiée de fragmentée.

Le principe général a toujours été qu'un Etat partie de la CEDH n'est pas libéré de ses obligations en vertu de la CEDH du simple fait d'un transfert de compétences à une organisation internationale. Il doit au contraire s'assurer de la protection équivalente des droits par cette organisation, et sinon en répondre devant la CourEDH.¹⁸

Les Etats membres de l'UE, et l'UE à travers eux, ont cependant très tôt été traités différemment. On pouvait ainsi distinguer quatre cas de figure dans la jurisprudence de la CourEDH relative à la violation de la CEDH par les Etats membres de l'UE dans le cadre du droit de l'UE.

Premièrement, la violation de la CEDH par le droit de l'UE a lieu sans acte ou omission des Etats membres. Il n'y a alors pas de juridiction de la CourEDH.¹⁹ Deuxièmement, la violation de la CEDH a lieu par la mise en œuvre du droit primaire de l'UE par les Etats membres. La juridiction de la CourEDH est alors établie et les Etats membres concernés peuvent répondre des violations de la CEDH.²⁰ Troisièmement, la violation de la CEDH a lieu par la mise en œuvre du droit dérivé de l'UE par les Etats membres et ces derniers ont une marge d'appréciation dans ce domaine. La juridiction de la CourEDH est alors également établie.²¹ Finalement, la violation de la CEDH a lieu par la mise en œuvre du droit dérivé de l'UE par les Etats membres, mais sans marge d'appréciation de ces derniers. Dans ce cas, la CourEDH n'a pas de juridiction.²²

¹⁸ CourEDH, M. & Co. c. République fédérale d'Allemagne, Requête no 13258/87, Décision du 09.02.1990 (Commission), D.R. No. 64, 138, 145; CourEDH, Waite et Kennedy c. Allemagne, Requête no 26083/94, Arrêt du 18.02.1999 (Grande Chambre), Recueil 1999-I, cons. 63 ss.

¹⁹ CourEDH, M. & Co. C. République fédérale d'Allemagne, Requête no 13258/87, Décision du 09.02.1990 (Commission), D.R. No. 64, 138, 145; CourEDH, Connolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne, Requête no 73274/01, Décision du 09.12.2008 (Cinquième Section), non publié.

²⁰ CourEDH, Matthews c. Royaume-Uni, Requête no 24833/94, Arrêt du 18.02.1999 (Grande Chambre), Recueil 1999-I, cons. 31-3.

²¹ CourEDH, Cantoni c. France, Requête no 17862/91, Arrêt du 15.11.1996 (Grande Chambre), Recueil 1996-V; CourEDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, Requête no 30696/09, Arrêt du 21. 01.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011.

²² CourEDH, Guérin c. France, Requête no 25201/94, Arrêt du 29.07.1998 (Grande Chambre), Recueil 1998-V; CJUE, aff. C-364/99 P(R), ECLI:EU:C:1999:609 (DSR-Senator Lines/

C'est donc en l'absence d'acte ou omission d'un Etat membre, d'une part, et en l'absence de marge d'appréciation d'un Etat membre, d'autre part, que la juridiction de la CourEDH relative au droit de l'UE demeurerait incomplète.

b) Le test Bosphorus

En 2005, soit il y a plus de dix ans, avec son arrêt *Bosphorus*, la CourEDH a étendu sa juridiction aux cas de violation de la CEDH par un Etat membre dans la mise en œuvre du droit de l'UE, y compris en l'absence d'une marge d'appréciation.²³ Cet arrêt lui a permis d'appliquer la jurisprudence *Waite and Kennedy*²⁴ entièrement à l'UE. Il a depuis été confirmé, et notamment dans les arrêts *Kokkelvisserij*, *MSS* et *Michaud*.²⁵

Cet exercice de juridiction de la CourEDH demeure potentiel et tient plus de la menace, cependant. En effet, il prend la forme d'une présomption réfragable d'équivalence des droits fondamentaux de l'UE à la CEDH. Plus précisément, le test *Bosphorus* fonctionne en deux temps.²⁶

Premièrement, la présomption de respect de la CEDH dans le cas concret s'applique si la protection équivalente (et non pas identique) des droits de la CEDH en droit de l'UE peut être établie de manière générale. Une fois admise, comme c'est désormais le cas pour l'UE, la présomption s'applique pour l'avenir.²⁷ Dans un deuxième temps, la présomption peut néanmoins être renversée de cas en cas en présence d'une insuffisance manifeste de protection des droits de la CEDH. Le premier renversement de la présomption a eu lieu dans l'affaire *Michaud*. Dans cette affaire, en effet, la question litigieuse n'avait pas pu être soumise au contrôle juridictionnel de la CJUE avant la saisine de la CourEDH.²⁸

Commission); CJUE, aff. C-17/98, ECLI:EU:C:2000:70, cons. 14 ss. (*Emesa Sugar*); CJUE, aff. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116 (*Segi e.a./Conseil*).

²³ CourEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, Requête no 45036/98, Arrêt du 30.06.2005 (Grande Chambre), Recueil 2005-VI, cons. 152 ss.

²⁴ CourEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, Requête no 26083/94, Arrêt du 18.02.1999 (Grande Chambre), Recueil 1999-I.

²⁵ CourEDH, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays Bas*, Requête no 13645/05, Décision du 20.01.2009 (Troisième Section), Recueil 2009; CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête no 30696/09, Arrêt du 21.01.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011; CourEDH, *Michaud c. France*, Requête no 12323/11, Arrêt du 06. 12.12 (Cinquième Section), Recueil 2012.

²⁶ Voir p.ex. *Cathryn Costello*, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, HRL Rev. 2006, 87; *Florence Benoît-Rohmer*, *A propos de l'arrêt Bosphorus Airlines du 30.06.2005: l'adhésion contrainte de l'union à la Convention*, Rev. Trim. Dr. h. 2005, 827.

²⁷ P.ex. CourEDH, *Coopérative des agriculteurs de Mayenne et la Coopérative laitière Maine-Anjou c. France*, Requête no 16931/04, Décision du 10.10.2006 (Deuxième Section), Recueil 2006-XV; CourEDH, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays Bas*, Requête no 13645/05, Décision du 20.01.2009 (Troisième Section), Recueil 2009, cons. 19-21.

²⁸ CourEDH, *Michaud c. France*, Requête no 12323/11, Arrêt du 06. 12.12 (Cinquième Section), Recueil 2012, cons. 111-6.

c) *L'après Bosphorus*

Depuis son arrêt *Bosphorus*, la CourEDH a renforcé son recours au droit de l'UE et aux interprétations de la CJUE dans l'interprétation des droits de la CEDH elle-même. C'est le cas notamment en droit anti-discriminatoire, mais aussi dans d'autres domaines.²⁹

Les actions ou les omissions de l'UE qui violent la CEDH sans mise en œuvre par les Etats membres demeurent cependant encore exclues de la juridiction de la CourEDH.³⁰ Il subsiste donc une lacune importante dans la protection des droits de l'homme en Europe. C'est précisément cette lacune que l'adhésion de l'UE à la CEDH doit permettre de combler.

C. La généalogie du projet d'adhésion de l'UE à la CEDH

I. Les premières tentatives d'adhésion: l'avis 2/94 et ses suites

L'adhésion de l'UE à la CEDH est un projet des institutions de l'UE depuis les années 1970 déjà. L'adhésion était envisagée à la fois dans un souci de cohérence et de sécurité juridique en Europe, et en tant que confirmation de la division du travail fixée durant les années 1950 entre l'UE et la CEDH. Les droits de l'homme étaient alors compris comme relevant uniquement du champ d'activité du Conseil de l'Europe, tandis que les Communautés européennes devaient s'occuper de la mise en place du marché commun.

La Commission européenne développe un premier projet d'accord en 1979, puis un second en 1994. S'ensuit une demande d'avis de compatibilité avec les traités, déposée par le Conseil auprès de la CJUE en 1994. L'avis 2/94, négatif comme le sera l'avis 2/13 près de vingt ans plus tard, est rendu par la CJUE le 28.03.1996.³¹

La CJUE identifie deux difficultés du projet d'adhésion dans son avis 2/94. La première est le manque de compétence d'adhérer à la CEDH sans réforme des traités actuels et sans une expression claire de la volonté des Etats membres en ce sens. La clause de flexibilité de l'ancienne version de l'actuel art. 352 TFUE n'est pas considérée comme constituant une base légale suffisante. Une base légale explicite est requise. Deuxièmement, la CJUE souligne aussi la difficulté pour

²⁹ P.ex. CourEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, Requêtes no 65731/01 et 65900/01, Arrêt du 12.01.2006 (Grande Chambre), Recueil 2006-VI; CourEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Requête no 28957/95, Arrêt du 11.07.2002 (Grande Chambre), Recueil 2002-VI; CourEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, Requête no 63235/00, Arrêt du 19.04.2007 (Grande Chambre), Recueil 2007-II; CourEDH, *Scoppola c. Italie (No 2)*, Requête no 10249/03, Arrêt du 17.09.2009 (Grande Chambre), non publié; CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête no 30696/09, Arrêt du 21.01.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011.

³⁰ CourEDH, *Connolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, Requête no 73274/01, Décision du 09.12.2008 (Cinquième Section), non publié.

³¹ CJUE, avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, cons. 30 et 34-5.

l'autonomie et la primauté du droit de l'UE, et qualifie l'adhésion de modification de l'ordre constitutionnel de l'UE nécessitant un amendement des traités.³²

Suite à l'avis négatif 2/94, la protection des droits fondamentaux de l'UE s'est développée néanmoins, mais de manière autonome. Ce développement d'un régime de droits fondamentaux propre à l'UE est important pour comprendre l'avis négatif 2/13. Il explique en effet en quoi le mandat d'adhésion de l'art. 6 al. 2 TUE peut certes être considéré comme comblant les lacunes identifiées par la CJUE dans son avis 2/94, mais aussi en quoi sa mise en œuvre doit nécessairement prendre en compte vingt ans de constitutionnalisme européen.

On peut identifier trois dimensions du développement constitutionnel de l'UE post-1996.

Premièrement, la Charte des droits fondamentaux de l'UE a été adoptée en 2000 de manière à doter l'UE d'un catalogue des droits fondamentaux propre. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en 2009, la Charte est même devenue contraignante (art. 6 al. 1 TUE) et la CJUE contrôle la constitutionnalité du droit de l'UE sur la base de la Charte. Deuxièmement, le constitutionnalisme européen s'est développé et a été renforcé par la jurisprudence de la CJUE. C'est notamment le cas face au droit international, comme le confirme la jurisprudence *Kadi*.³³ Finalement, la CJUE a graduellement renforcé sa compétence exclusive pour ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit de l'UE (art. 19 al. 1 phr. 2 TUE et art. 344 TFUE). Cela s'est fait au fil d'une jurisprudence très attentive quant à la juridiction concurrente de tribunaux arbitraux ou internationaux dont la juridiction pourrait potentiellement s'étendre au droit de l'UE.³⁴ La CJUE y a régulièrement confirmé la nécessité de l'exclusivité de sa juridiction pour le respect de l'ordre des compétences dans l'UE et l'autonomie du système juridique de l'UE,³⁵ mais aussi pour le respect de la qualité de « juge de droit commun » du juge national et de l'art. 267 TFUE.³⁶ Cette position d'exclusivité a rarement été nuancée depuis par la CJUE. Elle est même exprimée très fortement à l'égard du droit international dans l'affaire *Kadi*.³⁷

II. Le cadre légal de l'adhésion: l'art. 6 (2) TUE, le Protocole 8 au TUE et le Protocole 14 CEDH

Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, donne mandat à l'UE d'adhérer à la CEDH en son art. 6 al. 2 TUE.

Il ne s'agit pas d'une compétence générale de l'UE en matière de droits fondamentaux. Les Etats membres ont en effet exclu tout impact de l'adhésion sur l'allocation des compétences au sein de l'UE.³⁸ Il ne s'agit pas non plus d'une

³² Voir aussi plus tard: Conclusions de l'Avocate général, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, cons. 171-7 (Ruiz Zambrano).

³³ CJUE, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, cons. 281-5 (*Kadi*).

³⁴ CJUE, avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, cons. 34-6; CJUE, aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, cons. 123-9 (Commission/Irlande).

³⁵ CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, cons. 80-9.

³⁶ CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, cons. 80-9.

³⁷ Voir cependant CJUE, aff. C-466/11, ECLI:EU:C:2012:465 (Curà e.a.).

³⁸ Voir (i) l'art. 6 al. 2 phr. 2 TUE, (ii) l'art. 2 Protocole 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de

obligation d'adhésion au sens d'une obligation de résultat (nul n'est tenu à l'impossible, en effet), mais uniquement d'une obligation de négocier une adhésion qui soit conforme aux caractéristiques spécifiques du droit de l'UE.

A cet égard, le Traité de Lisbonne prévoit d'ailleurs que l'adhésion de l'UE doit être négociée dans le cadre du Protocole 8 au TUE,³⁹ c'est-à-dire de manière à « préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ». Il s'agit notamment des caractéristiques suivantes: la participation de l'UE aux instances de contrôle de la CEDH; l'attribution des conduites respectives et la répartition des responsabilités entre Etats membres et UE; les compétences de l'UE et l'équilibre institutionnel; les droits des Etats membres de l'UE et notamment les protocoles CEDH signés par eux et les réserves aux droits de la CEDH qu'ils ont émises; et l'exclusivité de la juridiction de la CJUE au sens de l'art. 344 TFUE.

On peut donc trouver dans le Protocole 8 les signes avant-coureurs de l'avis 2/13. Certes, l'adhésion est désormais possible juridiquement et doit même être négociée, mais le changement constitutionnel qu'elle implique pour l'UE, mais aussi, et c'est intéressant, pour ses Etats membres, doit rester mineur. La mise en garde de l'avis 2/94 quant à l'importance constitutionnelle du processus d'adhésion demeure donc encore valide et n'a pas quitté l'esprit de l'UE et de ses institutions. Certains auteurs, comme *Daniel Halberstam*, considèrent même que le cadre que posent l'art. 6 al. 2 TUE et le Protocole 8 est beaucoup plus fermé que ce que laissait présager l'avis 2/94, et rend l'adhésion à la CEDH juridiquement extrêmement difficile à négocier.⁴⁰

Les préparatifs équivalents à l'adhésion de l'UE ont été faits du côté de la CEDH aussi, notamment par le biais du Protocole 14 CEDH. Ce dernier est entré en vigueur en 2010 et prévoit désormais la possibilité pour l'UE d'adhérer à la CEDH (art. 59 al. 2 CEDH).

III. Les spécificités d'adoption de l'accord d'adhésion: l'art. 218 (6) et (8) TFUE

L'art. 218 TFUE comprend quelques dispositions spécifiques à l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH et à sa négociation.

L'alinéa 6 requiert l'approbation du Parlement avant l'approbation de l'accord d'adhésion par le Conseil. L'alinéa 8 requiert, quant à lui, l'unanimité du Conseil, ainsi qu'une approbation par tous les Etats membres, selon leurs modalités constitutionnelles respectives.

saufgarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et (iii) l'art. 1 al. 3 du Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (AA), Strasbourg, adopté en avril 2013 et révisé en juin 2013. Sur cette question, voir *Samantha Besson*, *The Human Rights Competence in the EU – The State of the Question after Lisbon*, in: Kofler/Poiarès Maduro/Pistone (éd), *Human Rights and Taxation in Europe and in the World*, 2011, 37.

³⁹ Protocole (n° 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁴⁰ Voir *Halberstam* (note 2).

Ces dispositions distinguent l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH d'autres accords internationaux de l'UE. Ils confirment ainsi l'importance constitutionnelle de l'adhésion de l'UE à la CEDH.⁴¹

IV. La négociation du projet d'accord: 2010-2013

La négociation du projet d'accord devait être courte, mais a fini par être très longue. Elle a commencé en 2010, mais ne s'est terminée qu'en 2013. Un premier délai avait pourtant été fixé à 2011. La longueur de la négociation est en fait le reflet de la difficulté des questions juridiques soulevées par l'adhésion. Plusieurs versions du projet d'accord ont d'ailleurs été négociées avant celle du 05.04.2013.

Le mandat de négociation a été donné par le Comité des ministres au Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe le 26.05.2010 et par le Conseil de l'UE à la Commission européenne le 04.06.2010. Il y a d'abord eu une première phase de négociation par un groupe informel de 14 membres (7 experts d'Etats membres de l'UE et 7 experts d'Etats parties du Conseil de l'Europe non membres de l'UE), puis une deuxième phase a débuté entre les 47 Etats parties à la CEDH, dont les 28 Etats membres de l'UE, et l'UE (47+1) dès 2012. Il faut remarquer que ces phases de négociation ont été entrecoupées d'échanges de vues entre la CJUE et la CourEDH.⁴² Une partie des compromis du projet d'accord d'adhésion, notamment en relation avec les questions procédurales, trouve d'ailleurs son origine dans ces échanges de vue.

Le projet d'accord d'adhésion a été conclu le 05.04.2013. Une version révisée date de juin 2013.⁴³ Il a été approuvé très rapidement par le Service juridique de la Commission en juillet 2013. Ce projet contenait plusieurs annexes, également soumises à la CJUE dans l'avis 2/13, dont un projet de déclaration de l'UE à faire au moment de la signature de l'accord d'adhésion; un projet de règles à ajouter aux règles du Comité des ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables dans les affaires auxquelles l'UE est partie; un projet de mémorandum d'accord entre l'UE et tout Etat non membre de l'Union européenne comme la Suisse; et un projet de rapport explicatif à l'accord portant adhésion de l'UE à la CEDH.

⁴¹ CJUE, avis 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, cons. 30 et 34-5; Conclusions de l'Avocate générale, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, cons. 171-7 (Ruiz Zambrano).

⁴² Voir Joint Communication from Presidents *Costa* and *Skouris*, Strasbourg and Luxembourg, 24.01.2011, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf> (consulté 15.05.2015); Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession agreement of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 05.05.2010, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en_2010-05-21_12-10-16_272.pdf> (consulté 15.05.2015).

⁴³ Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH) et Commission européenne, Cinquième réunion de négociation entre le Groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 03.-05.04.2013, Rapport final au CDDH, version du 10.06.2013, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/rpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/rpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)> (consulté 15.05.2015).

En cas d'avis positif, la procédure ultérieure aurait été la suivante. Le projet aurait dû être approuvé au sein de l'UE par une décision unanime du Conseil, puis une approbation du Parlement. S'en seraient suivies la signature et la ratification par l'ensemble des 28 Etats membres de l'UE (art. 218 al. 6 et 8 TFUE). Au sein du Conseil de l'Europe, un avis consultatif de la CourEDH aurait dû être rendu (art. 47 CEDH). Le projet aurait également été soumis à l'avis de l'Assemblée parlementaire, puis à l'adoption par le Comité des Ministres et finalement à la signature et la ratification par les 47 Etats parties à la CEDH, dont les 28 Etats membres de l'UE.

D. Le projet d'accord d'adhésion de 2013

I. La nature du projet d'accord

Le projet d'accord tel qu'adopté en 2013 doit être considéré comme un accord international. Il réunit deux instruments en un seul, comme l'explique le Rapport explicatif. Premièrement, il modifie la Convention (comme un protocole d'amendement) et, deuxièmement, il constitue l'acte d'adhésion de l'UE à la CEDH, ainsi qu'aux Protocoles additionnels 1 et 6.

Deux conséquences en découlent. Premièrement, une éventuelle dénonciation serait soumise aux règles de dénonciation de la CEDH. Deuxièmement, il en ressort également qu'une interprétation de cet accord se ferait par la CourEDH. Il ne s'agit donc pas d'un accord mixte entre l'UE et ses EM, d'une part, et des Etats tiers et/ou une organisation internationale, d'autre part.⁴⁴

II. Les grandes lignes du projet d'accord

Le projet d'accord d'adhésion (AA) est à l'image du processus de négociation dont il est issu. C'est un accord très complexe. Dans ce qui suit, je me contenterai de présenter les questions institutionnelles, procédurales et matérielles auxquelles il répond, et uniquement dans les grandes lignes.⁴⁵

⁴⁴ Projet de rapport explicatif à l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RA), Strasbourg, adopté en avril 2013 et révisé en juin 2013, cons. 21.

⁴⁵ Voir pour une discussion détaillée du projet d'accord et de tous ses aspects, p.ex. *Johan Callewaert*, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 2014; *Vasiliki Kosta/Nikos Skoutaris/Vassilis Tzevelekos* (éd.), The EU Accession to the ECHR, 2014; *Paul Gragl*, Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, in: Peers et al. (éd.), The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, 2014, 1727; *Paul Gragl*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 2013; *Julia Iliopoulos-Strangas/Vasco Pereira da Silva/Michael Potacs* (éd.), Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK – The Accession of the European Union to the ECHR – L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, 2013.

1. *Questions institutionnelles*

L'adhésion de l'UE à la CEDH pose un certain nombre de questions du point de vue institutionnel et notamment quant à la représentation de l'UE parmi les institutions du Conseil de l'Europe liées au système de la CEDH.

Parmi les règles institutionnelles les plus importantes du projet d'accord, on peut mentionner les suivantes.

Tout d'abord, l'UE bénéficiera d'un juge au sein de la CourEDH, au même titre que les autres Etats parties. Au sein de l'Assemblée parlementaire, ensuite, l'UE sera représentée par une délégation du Parlement européen en vue de l'élection des juges de la CourEDH, du même nombre que la plus grande délégation d'Etat partie du Conseil de l'Europe à l'Assemblée parlementaire (art. 6 AA).

Au sein du Comité des ministres, enfin, une représentation diplomatique de l'UE sera organisée en vue du suivi de l'exécution des jugements de la CourEDH et d'autres décisions relatives à la CourEDH (art. 7 AA). Il y aura notamment coordination des votes des « ministres » des Etats membres de l'UE et de l'UE dans le cas de la surveillance de l'exécution des jugements relatifs à l'UE et/ou à ses Etats membres (art. 7 al. 2 à 4 AA). Ceci permettra d'éviter un déséquilibre trop grand au sein du Comité des ministres, puisque l'UE et ses Etats membres représenteront à eux seuls 60% des membres du Comité des ministres.

Finalement, une participation conséquente de l'UE aux dépenses est également prévue (art. 8 AA). Il est en effet à prévoir qu'un nombre important d'affaires relatives au droit de l'UE vienne alourdir la charge de travail existante de la CourEDH.

2. *Questions procédurales*

Du point de vue procédural, on peut mentionner trois règles importantes.

Premièrement, le mécanisme de co-défendeur. Ce mécanisme pourra être déclenché sur décision de la CourEDH (i) à la demande de l'UE ou de l'un de ses Etats membres ou (ii) sur invitation de la CourEDH elle-même (art. 3 AA).

On peut distinguer deux cas de figure. Dans le premier, c'est l'UE qui peut être co-défendeur lorsque les Etats membres mettent en œuvre le droit dérivé de l'UE sans marge d'appréciation (et donc lorsque le respect de la CEDH n'est possible qu'au prix de la violation du droit de l'UE). Dans le deuxième cas, les Etats membres peuvent être co-défendeurs lorsque l'UE est mise en cause en raison du droit primaire de l'UE (et donc d'un droit que seuls les Etats membres sont à même de modifier).

Le mécanisme de co-défendeur mène à une responsabilité conjointe des co-défendeurs, et donc sans allocation de responsabilités entre les Etats membres et l'UE par la CourEDH. Des exceptions à cette responsabilité conjointe existent, cependant. C'est le cas notamment (i) sur accord des parties ou (ii) sur détermination de la CourEDH (art. 3 al. 7 AA). A noter que des tierces interventions en vertu de l'art. 36 al. 2 CEDH sont toujours possibles.⁴⁶

⁴⁶ Cf. aussi projet de Mémoire UE-EP CEDH à cet égard (annexe du Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH) et Commission européenne, Cinquième réunion de négociation entre le Groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de

Deuxièmement, la procédure d'implication préalable. Cette procédure d'implication antérieure de la CJUE sera déclenchée dans le cas où l'UE est co-défendeur (et donc où il ne s'agit pas d'un recours direct contre l'UE, car dans ce cas l'épuisement des voies de recours internes exige que la CJUE ait été consultée) (art. 3 al. 6 AA).

Cette procédure vise bien sûr le cas où la CJUE ne se serait pas encore prononcée (au travers d'un renvoi préjudiciel au sens de l'art. 267 TFUE). Etant donné que le renvoi préjudiciel n'est pas toujours obligatoire et n'est pas ouvert aux particuliers sur requête individuelle, il était important de prévoir un mécanisme alternatif d'implication de la CJUE. Cette implication est justifiée par une combinaison de la juridiction exclusive de la CJUE en matière de droit de l'UE, d'une part, et du principe de subsidiarité de la CEDH, d'autre part. Elle est le fruit d'un compromis passé entre la CJUE et la CourEDH en 2011.⁴⁷

Finalement, le principe de litispendance et le principe *ne bis in idem* (art. 5 AA). A cet égard, les procédures devant la CJUE ne devront pas être considérées comme des procédures au sens des art. 35 al. 2 lit. b CEDH et art. 55 CEDH. Le risque sinon serait de mettre en péril la juridiction exclusive de la CJUE (art. 344 TFUE).

3. Questions matérielles

Parmi les règles matérielles du projet d'accord, on peut mentionner les suivantes.

Premièrement, l'UE, en sus de la Convention elle-même, adhèrera également à certains protocoles à la CEDH (art. 1 al. 1 AA). Les Protocoles 1 et 6 seront dans tous les cas ratifiés si l'UE adhère à la CEDH, étant donné qu'il s'agit d'un dénominateur commun aux Etats membres de l'UE (voir aussi l'art. 2 Protocole 8). D'autres protocoles pourront bien sûr être ratifiés ensuite et selon la procédure ordinaire, pour autant que le nombre des protocoles ratifiés par tous les Etats membres de l'UE s'accroisse.

Deuxièmement, en ce qui concerne les réserves, celles de l'UE sont réglées aux art. 2 AA et 57 CEDH, tandis que celles des Etats membres sont réglées à l'art. 2 Protocole 8. En fait, la CJUE a déjà adopté la solution prévue concernant les réserves des Etats membres dans sa jurisprudence.⁴⁸

Troisièmement, quant à la détermination de la juridiction de l'UE au sens de l'art. 1 CEDH, le principe retenu est qu'elle correspondra à celle qu'auraient ses Etats membres dans des circonstances équivalentes (art. 1 al. 6 AA). Elle s'étend de ce fait aussi bien à la juridiction territoriale qu'extraterritoriale de l'UE lors-

l'homme, Strasbourg, 03-05.04.2013, Rapport final au CDDH, version du 10.06.2013, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)08rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)08rev2_FR.pdf)> [consulté 15.05.2015]).

⁴⁷ Joint Communication from Presidents *Costa* and *Skouris* du 24.01.2011, cons. 2-3, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf> (consulté 15.05.2015); Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession agreement of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms du 05.05.2010, cons. 13, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en_2010-05-21_12-10-16_272.pdf> (consulté 15.05.2015).

⁴⁸ CJUE, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (Åkerberg Fransson).

qu'elle exerce un contrôle effectif sur le territoire de ses Etats membres ou en dehors.

Finalement, en matière d'imputation ou d'attribution d'actes ou omissions à un Etat membre ou à l'UE (art. 1 al. 3 et 4 AA), la règle sera l'attribution distincte.⁴⁹ Le comportement des Etats membres comprend le comportement des institutions des Etats membres ou des personnes agissant en leur nom, même dans la mise en œuvre du droit primaire ou dérivé de l'UE. Le comportement de l'UE, par contre, est celui que l'on peut imputer aux institutions, organes, organismes ou agences de l'UE, ainsi qu'aux personnes agissant en leur nom. Toute possibilité d'attribution conjointe est donc exclue. Ceci est conforme à la pratique d'attribution interne à l'UE, qui est étendue à la responsabilité internationale de l'UE et de ses Etats membres lorsque c'est possible.⁵⁰ C'est ce que confirment le rapport explicatif,⁵¹ et l'appréciation de la Commission dans l'avis 2/13.⁵² La mise en cause de l'UE du fait des actes de ses Etats membres dans la mise en œuvre du droit primaire de l'UE ne pourra donc se faire qu'au travers du mécanisme de co-défense. Il y a lieu de se demander toutefois si cette exclusion est compatible avec la jurisprudence récente de la CourEDH en matière de responsabilité plurale⁵³ et, plus généralement, avec l'art. 7 DARIO et la possibilité d'attribution conjointe en cas de contrôle effectif partagé.⁵⁴

III. Les questions laissées ouvertes par le projet d'accord

1. Du point de vue du droit de l'UE

Plusieurs questions ont été laissées ouvertes par le projet d'accord du point de vue du droit de l'UE.

Premièrement, en lien avec le mécanisme de co-défendeur. L'appréciation laissée à la CourEDH dans l'applicabilité du mécanisme de co-défendeur (art. 3 al. 5 AA) pourrait poser problème, mais la question a été laissée ouverte. En outre, il existe une possibilité exceptionnelle pour la CourEDH d'allouer les responsabilités à l'UE ou à ses Etats membres (art. 3 al. 7 AA). Ceci est problématique en droit de l'UE car aucune référence n'est faite dans le projet d'accord à la réparti-

⁴⁹ Voir p.ex. *Tobias Lock*, Accession of the EU to the ECHR: Who Would Be Responsible in Strasbourg, in: *Ashiagbor/Countouris/Lianos* (éd.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, 2012, 109.

⁵⁰ Voir aussi *Peter Jan Kuijper*, International Responsibility for EU Mixed Agreements, in: *Hillion/Koutrakos* (éd.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, 2010, 208.

⁵¹ RA, cons. 23-4.

⁵² CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 95.

⁵³ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Requête no 27021/08, Arrêt du 07.07.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011; CourEDH, *Jaloud c. Pays-Bas*, Requête no 47708/08, Arrêt du 20.11.2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

⁵⁴ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (DARIO), Commission du droit international, 2011, publié dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2). Voir aussi *Marteen den Heijer/André Nollkaemper*, A New Framework for Allocating International Responsibility: The EU Accession to the European Convention on Human Rights, SHARES Briefing Paper 2014, <<http://www.sharesproject.nl/>> (consulté 15.05.2015).

tion des compétences au sein de l'UE, alors que c'est ainsi que l'allocation des responsabilités internationales de l'UE et des Etats membres se fait d'ordinaire⁵⁵ – en conformité, d'ailleurs, avec la *lex specialis* prévue à l'art. 64 DARIO. A nouveau, la question a été laissée ouverte.

Deuxièmement, les requêtes interétatiques entre Etats membres de l'UE ou entre Etats membres de l'UE et l'UE. Le projet d'accord n'exclut pas expressément la possibilité que des requêtes interétatiques entre Etats membres de l'UE soient soumises à la CourEDH (art. 4 AA). La compatibilité de cette possibilité avec l'art. 344 TFUE est douteuse du point de vue du droit de l'UE et a pourtant été intentionnellement laissée ouverte.⁵⁶

Troisièmement, la juridiction complète de la CourEDH en lien avec la juridiction incomplète de la CJUE sur le droit de l'UE. La CourEDH aurait potentiellement juridiction sur des questions qui sont exclues de la juridiction de la CJUE, notamment quant à la conventionnalité du droit primaire de l'UE (art. 263 TFUE *a contrario*), ou quant à la conventionnalité du droit dérivé issu de la politique européenne de sécurité commune (PESC; art. 275 TFUE) ou de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ; art. 276 TFUE). A nouveau, la question n'est pas abordée par le projet d'accord d'adhésion.

Finalement, les règles internes à l'UE. La mise en œuvre de l'accord d'adhésion implique l'adoption de règles internes. Ces règles concernent notamment les modalités de la procédure d'implication préalable et la répartition interne des responsabilités entre Etats membres et UE en cas de responsabilité conjointe (recours internes entre responsables). On s'est demandé notamment comment ces règles internes allaient pouvoir être adoptées sans révision des traités. Cela concerne notamment l'addition d'une nouvelle voie de droit devant la CJUE (procédure d'implication préalable).

2. Du point de vue du droit conventionnel

Plusieurs questions ont aussi été laissées ouvertes par le projet d'accord du point de vue du droit conventionnel.

Une question à se poser notamment est celle du maintien éventuel de la jurisprudence *Bosphorus* après l'adhésion de l'UE à la CEDH. L'UE n'étant pas un Etat et ses Etats membres étant des Etats parties de la CEDH, on peut plaider qu'il conviendrait de traiter les Etats et l'UE en conséquence, ce qui irait en faveur d'un maintien de cette jurisprudence. A l'inverse, cependant, on peut aussi estimer que l'UE, si elle devenait partie à la CEDH, ne devrait pas être traitée différemment des autres Etats parties au risque sinon de mettre le système de la CEDH en danger en créant un double-standard.

Le projet d'adhésion de 2013 a laissé la question ouverte. C'est à la CourEDH qu'il devra revenir d'en décider le moment venu.

⁵⁵ Voir *Kuijper* (note 50); *den Heijer/Nollkaemper* (note 54).

⁵⁶ RA, cons. 70-2.

E. L'avis 2/13

I. La procédure d'avis en général et dans ce cas particulier

Lors de la conclusion d'un traité par l'UE ou ses Etats membres, un avis peut être demandé à la CJUE afin qu'elle vérifie la compatibilité de cet instrument avec les traités de l'UE (art. 218 al. 11 TFUE).

La procédure d'avis est facultative. Elle est néanmoins utilisée très fréquemment. Elle avait d'ailleurs déjà été utilisée en 1996 pour l'adhésion de l'UE à la CEDH. S'en était suivi l'avis négatif 2/94.

L'avis 2/13 a été sollicité par la Commission en juillet 2013, à la suite de l'adoption du projet d'adoption. La question posée par la Commission était la suivante: « Est-ce que le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est compatible avec les traités? ». D'aucuns se sont demandés pourquoi la Commission avait requis un tel avis, et surtout pourquoi seulement à ce stade et non pas plus tôt. Il est clair néanmoins qu'après l'avis 2/94, l'adhésion de l'UE à la CEDH est devenue une question d'importance constitutionnelle pour l'UE sur laquelle la CJUE doit être consultée.

Dans le cadre de la procédure menant à l'avis 2/13, un grand nombre d'Etats membres, à savoir vingt-quatre sur vingt-huit, ont fait parvenir des observations écrites à la Cour, en sus de celles de la Commission. Une audience a eu lieu en mai 2014. L'Avocate générale *Kokott* a pris position en date du 13.06.2014 en rendant un avis positif. La CJUE, quant à elle, a rendu son avis très tardivement, à savoir le 18.12.2014. Cela peut s'expliquer en raison des débats qui secouent la Cour actuellement sur la question de sa juridiction exclusive, et ce notamment face à l'accroissement des engagements internationaux de l'UE et/ou de ses Etats membres et des institutions internationales mises en place dans le cadre de ces accords internationaux. On pensera, par exemple, à l'affaire pendante *Espagne/Parlement et Conseil* qui porte à nouveau sur la juridiction unifiée des brevets.⁵⁷

L'avis 2/13 a été rendu par la Cour en formation plénière. Comme d'ordinaire, ni les votes des juges, ni le nombre de voix formant la majorité ne sont connus.

Même si la procédure d'avis est facultative, l'avis rendu ensuite est obligatoire (art. 218 al. 11 phr. 2 TFUE). Il s'en suit qu'après l'avis 2/13, le projet d'accord d'adhésion et/ou les traités doivent être révisés avant que l'adhésion ne soit possible.

II. La prise de position positive de l'Avocate générale *Kokott*

Dans sa prise de position du 13.06.2014,⁵⁸ l'Avocate générale *Kokott* conclut à la compatibilité du projet d'accord d'adhésion avec les traités UE.

⁵⁷ CJUE, aff. C-146/13, ECLI:EU:C:2015:298, (*Espagne/Parlement et Conseil*). Voir aussi précédemment déjà: CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, cons. 80-9.

⁵⁸ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454; Prise de position de l'Avocate générale, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475 (Prise de position de l'AG *Kokott*).

Sa prise de position positive est conditionnée à l'adoption de certaines « garanties d'une manière obligatoire en droit international »⁵⁹ et notamment de modifications du projet d'adhésion qu'elle qualifie de mineures.⁶⁰ Elles sont au nombre de six⁶¹, et on peut les rassembler comme suit.

Premièrement, le mécanisme de co-défendeur doit être modifié. Il faudrait, selon l'Avocate générale, une information sans exception de l'UE et des Etats membres dans toutes les requêtes introduites contre les uns et les autres; que ce mécanisme ne soit pas soumis à l'appréciation de la plausibilité des demandes par la CourEDH; et que la CourEDH n'ait pas la possibilité de s'écarter de la responsabilité conjointe de l'UE et de ses Etats membres.

Deuxièmement, la procédure d'implication préalable doit être adaptée. Celle-ci doit se faire sans appréciation de la clarté de la jurisprudence de la CJUE par la CourEDH; elle doit porter tant sur la validité que sur l'interprétation du droit de l'UE; et elle ne doit pas avoir de conséquences sur les réserves des Etats membres.

L'Avocate générale recommande à la CJUE d'adopter une approche constructive visant à éviter les incompatibilités, y compris au prix de modifications du projet d'accord d'adhésion.⁶²

III. L'avis négatif de la CJUE

L'avis rendu par la CJUE le 18.12.2014 est négatif en ce sens que le projet d'accord d'adhésion est jugé incompatible avec les traités. Plus précisément, la Cour considère qu'il « n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (n° 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».⁶³

Les questions soumises à la Cour par la Commission⁶⁴ et les Etats membres⁶⁵, puis discutées dans l'avis sont assez complexes et témoignent du nombre de questions encore ouvertes autour du projet d'accord. On mentionnera ainsi toute la question de la recevabilité, notamment en lien avec les règles internes de l'UE qui ne sont pas encore établies. Ces règles internes sont discutées par la Commission dans ses soumissions, mais leur traitement par la CJUE est rejeté par les Etats membres pour manque de compétence, ce que la CJUE confirme d'ailleurs en précisant l'objet de la question qui lui est posée.⁶⁶

⁵⁹ Prise de position de l'Avocate générale, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, cons. 280 (Prise de position de l'AG Kokott).

⁶⁰ Prise de position de l'Avocate générale, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, cons. 278 (Prise de position de l'AG Kokott).

⁶¹ Prise de position de l'Avocate générale, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, cons. 280 (Prise de position de l'AG Kokott).

⁶² Prise de position de l'Avocate générale, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, cons. 279 (Prise de position de l'AG Kokott).

⁶³ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 258.

⁶⁴ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 71-107.

⁶⁵ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 108-43.

⁶⁶ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 144-52.

Les critiques émises par la CJUE sont au nombre de quatre qui seront présentées brièvement ci-dessous.

1. Les caractéristiques spécifiques et l'autonomie du droit de l'UE

a) Les caractéristiques spécifiques de l'UE

La CJUE entame son avis par de longues considérations liminaires sur les caractéristiques spécifiques de l'UE.

Ces considérations sont parfois novatrices et surtout essentielles pour comprendre le reste de l'avis, notamment en lien avec le contrôle juridictionnel de la CJUE. Elles sont pour beaucoup réminiscentes des caractéristiques spécifiques de l'UE énumérées au Protocole 8.

Il s'agit notamment de la nature non-étatique de l'UE,⁶⁷ de sa nature constitutionnelle,⁶⁸ de l'autonomie de son système juridique,⁶⁹ de son réseau juridique structuré de normes mutuellement interdépendantes,⁷⁰ de son système juridictionnel, et notamment du renvoi préjudiciel comme « clef de voûte ». Ce dernier est considéré par la CJUE comme ayant été mis en place pour préserver les caractéristiques spécifiques de l'UE,⁷¹ ainsi que les droits fondamentaux de l'UE qui doivent être interprétés dans le respect de ce cadre constitutionnel.⁷²

On remarquera que les droits fondamentaux de l'UE ne sont mentionnés qu'à la fin des considérations liminaires, ce qui est surprenant pour un avis sur l'adhésion de l'UE à un instrument international de protection des droits de l'homme. On notera aussi que la juridiction de la CJUE est abordée comme la garante de l'autonomie de l'UE. Certains commentateurs ont regretté que la notion d'autonomie qu'utilise la Cour ne soit pas définie dans l'avis, alors qu'elle joue un rôle central dans le raisonnement de la Cour.⁷³ D'aucuns se sont demandés s'il fallait la comprendre comme une forme de souveraineté,⁷⁴ mais l'exclusion de la nature étatique de l'UE par la Cour semble contredire cette approche.⁷⁵

b) Trois difficultés y relatives pour le projet d'accord d'adhésion

La CJUE identifie ensuite trois difficultés liées aux caractéristiques spécifiques de l'UE dans le projet d'accord d'adhésion.

Premièrement, en lien avec le principe de faveur de l'art. 53 CEDH. La CJUE y voit un risque pour la primauté du droit de l'UE si cet article est utilisé dans le domaine du droit de l'UE. Elle propose qu'il soit interprété comme l'art. 53 de la

⁶⁷ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 156.

⁶⁸ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 157.

⁶⁹ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 166.

⁷⁰ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 167.

⁷¹ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 174.

⁷² CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 177.

⁷³ Sur cette critique, voir *Eeckhout* (note 2); *Halberstam* (note 2); *Lock* (note 2), du 18.12.2014.

⁷⁴ Sur cette critique, voir *Thomas Streinz*, *The Autonomy Paradox*, *Verfassungsblog* du 15.03.2015, <<http://www.verfassungsblog.de/en/the-autonomy-paradox/#.VVTAQZP2TWk>> (consulté 15.05.2015).

⁷⁵ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 156.

Charte des droits fondamentaux de l'UE, soit dans les limites de la primauté du droit de l'UE. Le raisonnement adopté par la CJUE dans son arrêt *Melloni*⁷⁶ serait donc transposé à l'art. 53 CEDH.

Cet argument est peu surprenant au vu des relations désormais tendues entre la CJUE et les juridictions constitutionnelles nationales (espagnole,⁷⁷ puis allemande⁷⁸) à la suite des arrêts *Melloni* et *Fransson*⁷⁹.

Deuxièmement, en lien avec le contrôle mutuel de conventionnalité. La CJUE y voit un risque de violation du principe de confiance mutuelle entre les Etats membres. Ce principe, certes non-absolu puisqu'il peut être restreint en cas de « déficiences structurelles manifestes », ⁸⁰ ne permet pas le contrôle mutuel de conventionnalité complet par les Etats membres que requiert le système de la CEDH, et sa violation par ricochet.⁸¹ Le critère de contrôle de la CEDH en effet est le simple risque de violation de la CEDH, ce qui va plus loin que ce que prévoit le droit de l'UE, y compris depuis la révision *Dublin III*.⁸²

Cet argument n'est pas surprenant non plus, au vu de la nature constitutionnelle⁸³ du principe de confiance mutuelle dans l'UE et de son importance croissante dans l'ELSJ.⁸⁴

Finalement, en lien avec le Protocole 16 CEDH. La CJUE y voit un risque que les Etats membres de l'UE l'utilisent pour contourner l'art. 267 TFUE en ce qui concerne les droits de la CEDH qui correspondent à ceux de la Charte.

Encore une fois, il s'agit d'un argument qui ne surprend pas dans la mesure où les conséquences du Protocole 16 pour l'UE et ses Etats membres n'ont pas pu être évoquées ni réglées durant les négociations du projet d'accord d'adhésion. Le Protocole 16 CEDH a en effet été conclu après le projet d'accord d'adhésion. En outre, la qualification par la CJUE de l'art. 267 TFUE comme « clef de voûte » du système juridictionnel UE laissait présager une telle appréciation.

2. L'art. 344 TFUE

Le projet d'accord d'adhésion n'exclut pas expressément la possibilité des requêtes interétatiques entre Etats membres de l'UE, ou entre un ou plusieurs Etats

⁷⁶ CJUE, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, cons. 59-60 (*Melloni*).

⁷⁷ Voir la décision du Tribunal Constitucional Espanol, Pleno. Sentencia 26/2014 du 13.02.2014, BOE-A-2014-2650.

⁷⁸ Voir la décision du BVerfGE 133, 277.

⁷⁹ CJUE, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

⁸⁰ CJUE, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (N.S. e.a.); CJUE, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813 (*Abdullahi*).

⁸¹ CourEDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, Requête no 30696/09, Arrêt du 21.01.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011; CourEDH, Tarakhel c. Suisse, Requête no 29217/12, Arrêt du 04.11.2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

⁸² Voir Règlement (UE) No 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26.06.2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO 2013 L 180, 31, art. 3 al. 2.

⁸³ CJUE, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (N.S. e.a.).

⁸⁴ Voir *Koen Lenaerts*, The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture du 30.01.2015, <<https://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/The%20Principle%20of%20Mutual%20Recognition%20in%20the%20Area%20of%20Freedom,%20Judge%20Lenaerts.pdf>> (consulté 15.05.2015).

membres et l'UE, devant la CourEDH.⁸⁵ Pourtant, de telles requêtes, si elles survenaient, et c'est un risque que la CJUE prend au sérieux, violeraient l'art. 344 TFUE qui octroie à la CJUE la juridiction exclusive sur les litiges relatifs à l'interprétation ou la mise en œuvre du droit de l'UE entre Etats membres ou entre un Etat membre et l'UE.

Cet argument n'est pas surprenant au vu de l'importance de l'exclusivité de sa juridiction pour la CJUE et surtout du lien qu'elle établit entre cette juridiction exclusive et les caractéristiques spécifiques constitutionnelles de l'ordre juridique de l'UE et son autonomie. Ce lien remonte au Protocole 8 et est rappelé dans les considérations liminaires de l'avis 2/13.

3. *Le mécanisme de co-défendeur et la procédure d'implication préalable*

La CJUE identifie les deux incompatibilités principales entre le projet d'accord d'adhésion et les traités UE dans le mécanisme de co-défendeur et la procédure d'implication préalable. Tous deux faisaient pourtant partie des règles de procédure mises en place durant les négociations à la demande de l'UE et notamment de la CJUE dans ses échanges avec la CourEDH.

Premièrement, le mécanisme de co-défense. La CJUE évoque trois difficultés. Tout d'abord, selon la CJUE, la mise en œuvre du mécanisme ne doit pas dépendre d'une appréciation discrétionnaire de la CourEDH quant à l'état du droit de l'UE. Le risque sinon serait qu'elle soit amenée à se prononcer sur la répartition interne des compétences entre les Etats membres et l'UE, ce qui violerait la juridiction exclusive de la CJUE. En outre, selon la CJUE, son application ne doit pas aboutir à la condamnation conjointe d'un Etat membre et de l'UE dans un cas où un Etat membre a émis une réserve au droit violé. Enfin, son application ne doit pas aboutir à autre chose qu'une responsabilité conjointe de l'UE et de ses Etats membres, au risque sinon d'autoriser la CourEDH à se pencher sur la répartition interne des compétences entre Etats membres et UE et, même en cas d'accord de l'UE et des Etats membres sur la répartition des responsabilités, à le faire sans que la CJUE puisse revoir cette répartition et donc entériner une interprétation de la répartition interne des compétences dans l'UE.

Deuxièmement, la procédure d'implication préalable. La CJUE évoque deux difficultés. Tout d'abord, sa mise en route ne doit pas dépendre d'une appréciation discrétionnaire de la CourEDH. Le risque sinon serait que cette dernière soit appelée à se prononcer sur la clarté de la jurisprudence et l'existence d'une jurisprudence établie de la CJUE en violation de la juridiction exclusive de la CJUE en la matière. En outre, et pour les mêmes raisons, la CJUE exige que la procédure d'implication préalable soit étendue aux questions d'interprétation du droit de l'UE, et non pas seulement de validité.

Ces deux arguments ne sont pas surprenants au vu de l'importance de l'exclusivité de sa juridiction pour la CJUE et du lien qu'elle fait entre cette juridiction exclusive et les caractéristiques spécifiques constitutionnelles de l'ordre juridique de l'UE et son autonomie.

⁸⁵ Voir CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 70 et 72.

4. *Le contrôle juridictionnel en matière de PESC*

Puisque la CJUE n'a qu'une juridiction limitée en matière de PESC, il serait contraire à l'exclusivité de sa juridiction que la CourEDH, une juridiction extérieure à l'UE, puisse en contrôler la conventionnalité. De manière intéressante, la CJUE rejette l'interprétation extensive de sa compétence juridictionnelle en matière de recours individuels relatifs à la PESC proposée par la Commission, étant donné qu'elle ne s'est elle-même pas encore prononcée sur le sujet.⁸⁶

A nouveau, cet argument n'est pas surprenant au vu de l'importance de l'exclusivité de sa juridiction pour la CJUE et du lien qu'elle fait entre cette juridiction exclusive et les caractéristiques spécifiques constitutionnelles de l'ordre juridique de l'UE et son autonomie.

F. La critique de l'avis 2/13

I. Du point de vue du droit de l'UE

Beaucoup de ces critiques étaient prévisibles si on replace l'avis 2/13 dans son contexte, et notamment celui de l'avis 2/94 et du Protocole 8.

Certaines sont tout à fait justifiées du point de vue du droit de l'UE. Elles ont d'ailleurs été identifiées, pour certaines, par l'Avocate générale *Kokott*.

Il s'agit notamment des critiques concernant la procédure d'implication préalable, le mécanisme de co-défendeur et la juridiction exclusive de la CJUE à l'intérieur de l'UE. On peut aussi mentionner la critique concernant les requêtes interétatiques entre Etats membres de l'UE ou entre l'UE et ses Etats membres. Par analogie avec ce qui a lieu dans les Etats parties à la CEDH qui sont des Etats fédéraux, et l'exclusion des organismes de droit public du champ des requérants potentiels devant la CourEDH (art. 34 CEDH), on peut en effet considérer que la CourEDH ne devrait pas être le lieu de règlement des différends interétatiques. On peut aussi évaluer positivement la critique relative au renvoi préjudiciel et au Protocole 16, étant donné l'importance constitutionnelle du renvoi préjudiciel dans l'UE. Enfin, on peut également accepter la critique de la juridiction de la CourEDH dans des domaines où elle n'a précisément aucune juridiction ou une juridiction limitée tels que la PESC – ou du moins tant que la CJUE n'a pas de moyens de contrôler la conventionnalité avant que la CourEDH ne soit saisie. La solution serait peut-être d'introduire un tel contrôle de conventionnalité interne sur le modèle de ce qui s'est fait dans les Etats parties à la CEDH qui ne connaissent pas de contrôle de constitutionnalité des lois notamment, comme la Suisse.

Par contre, d'autres critiques de la CJUE sont moins justifiées du point de vue du droit de l'UE.

On mentionnera celles liées à la primauté du droit de l'UE et de l'art. 53 CEDH. En effet, l'art. 53 Charte des droits fondamentaux de l'UE comprend déjà les droits de la CEDH, ce qui fait que ces droits sont donc déjà soumis à la jurisprudence *Melloni*.⁸⁷ Il y a lieu de mentionner également le principe de confiance

⁸⁶ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 96-100.

⁸⁷ CJUE, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, cons. 59-60 (*Melloni*).

mutuelle qui est toujours davantage soumis à des exceptions en droit de l'UE.⁸⁸ Les étendre encore pour protéger les droits de l'homme serait donc tout à fait possible et même requis par les droits fondamentaux de l'UE.

En bref, ce qui semble dicter la critique de la CJUE est une double méfiance vis-à-vis à la fois du droit international et des tribunaux internationaux en général et de ses propres Etats membres et de leur potentielle instrumentalisation du droit international contre elle. La première méfiance est surprenante car c'est la loi du genre en droit international; aucune modification de l'accord d'adhésion ne pourrait parvenir à amputer le droit international de ses caractéristiques propres. La seconde forme de méfiance est tout aussi regrettable car les relations entre l'UE (et la CJUE) et ses Etats membres constituent un problème interne à l'UE que la CJUE doit apprendre à gérer au sein de l'UE.

Plus précisément, on peut regretter que la CJUE souhaite faire règlementer par un accord international des questions qui sont soit déjà réglées à l'interne et en droit de l'UE, ou du moins doivent et peuvent encore l'être.

Premièrement, il est regrettable que la CJUE cherche à ré-imposer par et dans un accord international des obligations des Etats membres de l'UE qui existent déjà en vertu du droit de l'UE. On mentionnera notamment l'art. 267 TFUE (en lien avec le Protocole 16), l'art. 344 TFUE (en lien avec les requêtes interétatiques Etat membre/Etat membre et Etat membre/UE), mais également la primauté du droit de l'UE en lien avec l'art. 53 CEDH.⁸⁹ D'ailleurs, ces obligations ont été confirmées à maintes reprises par la jurisprudence CJUE⁹⁰ et leur violation pourrait donner lieu à un recours en manquement devant la CJUE contre les Etats membres qui abuseraient de la CEDH pour les contourner.⁹¹

Deuxièmement, il est regrettable que la CJUE cherche à faire figurer dans un accord international des règles qui relèvent plutôt des règles internes de l'UE. Ces règles doivent encore être développées pour la mise en œuvre de l'accord d'adhésion et n'avaient intentionnellement pas encore été préparées. On citera, par exemple, le problème du contrôle de conventionnalité limité de la PESC par la CJUE qui peut faire l'objet d'une règle interne. C'est d'ailleurs ce souci de clarté sur les règles internes qui semble avoir mené aux appréciations soumises par la Commission dans l'avis 2/13 et à la discussion sur le champ de la question posée à la CJUE par certains Etats membres.⁹²

II. Du point de vue de la CEDH

Si certaines critiques de l'avis 2/13 peuvent être accommodées du point de vue de la CEDH, d'autres ne le peuvent pas et ne le doivent pas, au risque sinon d'affaiblir (encore) le système conventionnel. Il ne faut pas sous-estimer le dan-

⁸⁸ CJUE, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (N.S. e.a.); CJUE, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813 (Abdullahi).

⁸⁹ CJUE, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, cons. 59-60 (Melloni).

⁹⁰ CJUE, avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, cons. 34-6; CJUE, aff. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, cons. 123-9 (Commission/Irlande); CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, cons. 80-9.

⁹¹ Voir aussi l'appréciation de la Commission dans CJUE, l'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 107.

⁹² CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 144-152.

ger lié à la re-négociation dans ces conditions, surtout après les compromis importants qui ont été faits durant les négociations menant au projet d'accord de 2013.

Il y a notamment trois des critiques de la CJUE qui posent problème du point de vue conventionnel.

Premièrement, l'art. 53 CEDH face à la primauté du droit de l'UE. On mentionnera ici le danger des standards maximaux pour la subsidiarité en matière de droit international des droits de l'homme. Le standard conventionnel est en effet conçu comme un standard de protection minimal que les Etats parties peuvent, voire même doivent dépasser. En outre, le limiter en fonction de l'interprétation de l'un des Etats parties, et non pas tous, est contraire au développement d'un consensus européen et donc commun à toutes les parties en matière conventionnelle.

Deuxièmement, le contrôle mutuel de conventionnalité par les Etats membres de l'UE, notamment dans l'ELSJ. La sauvegarde du principe de violation par ricochet,⁹³ qui est un élément central du système conventionnel, en dépend. Sans compter qu'il serait difficile de protéger la cohérence du système de contrôle, et donc l'égalité de traitement des parties à la CEDH, si une telle dérogation était autorisée à l'UE.

Finalement, le contrôle de conventionnalité complet de la CourEDH sur le droit de l'UE, y compris de la PESC. Après tout, c'est le lot des Etats parties à la CEDH qui ne connaissent pas la juridiction totale de leurs tribunaux que d'avoir dû accepter de se soumettre, mais aussi d'exercer, pour des raisons d'épuisement des voies de recours nationales, au moins un contrôle de conventionnalité de leur droit. Exclure la PESC du champ d'application de la CEDH et de contrôle de la CourEDH reviendrait d'ailleurs à autoriser l'UE à émettre une réserve de portée générale à la CEDH en contradiction de celle-ci (art. 57 CEDH).

III. Du point de vue du droit international

L'avis 2/13 pose un certain nombre de problèmes du point de vue du droit international également.

Premièrement, l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE face au droit international. Elle a été posée clairement dans l'affaire *Kadi*, mais semble désormais de plus en plus exclure l'adhésion de l'UE à toute structure internationale institutionnelle et surtout juridictionnelle, et ce en dépit de ce que la CJUE affirme dans l'avis 2/13.⁹⁴ De tels engagements internationaux impliquent cependant nécessairement une perte d'autonomie juridique et de juridiction. La contestation de cette possibilité semble donc exclure de nombreux futurs accords internationaux et notamment l'adhésion à des organisations internationales dotées de mécanismes institutionnels et notamment juridictionnels. On peut même se demander si aux

⁹³ CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête no 30696/09, Arrêt du 21.01.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011; CourEDH, *Tarakhel c. Suisse*, Requête no 29217/12, Arrêt du 04.11.2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

⁹⁴ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 182, par référence à CJUE, l'avis 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, cons. 13, 21, 23 et 26; CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, cons. 74 et 76; CJUE, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, cons. 282 (*Kadi*).

conditions posées désormais par l'avis 2/13,⁹⁵ l'UE pourrait aujourd'hui adhérer au système de règlement des différends de l'OMC (p.ex. art. 23 Mémoire d'accord sur le règlement des différends).⁹⁶

Deuxièmement, la nature internationale de l'UE. L'avis 2/13 révèle une crainte de la nature quasi-étatique de l'UE et même un rejet de sa nature étatique. Cette crainte et ce rejet sont paradoxaux dans la mesure où le développement de la personnalité juridique internationale de l'UE depuis le Traité de Maastricht a été un enjeu important pour l'UE. On peut néanmoins avancer l'hypothèse que le problème en l'occurrence tient à la qualité concurrente d'Etats parties à la CEDH de ses Etats membres. Sans eux, et les risques que la CJUE voit dans leur instrumentalisation potentielle de la CEDH, le projet d'accord d'adhésion aurait peut-être eu la grâce de la Cour.

Enfin, le contrôle de la CJUE sur les accords internationaux de l'UE. Il y a un risque important d'effet de frein sur les négociations internationales à venir avec l'UE (et ses Etats membres) du fait du contrôle par la CJUE des accords internationaux envisagés avec l'UE (et ses Etats membres). Ce risque pourrait se ressentir notamment dans le domaine des accords mixtes et du crédit des Etats membres de l'UE dans leurs relations internationales. Ce risque est à prendre en compte notamment pour les futurs accords bilatéraux de l'UE avec la Suisse, et surtout pour le futur accord institutionnel au vu de son impact potentiel sur la juridiction exclusive de la CJUE. A terme, il est peut-être utile de s'interroger sur la compatibilité de ce contrôle juridictionnel interne à un sujet de droit international comme l'UE, lui-même composé d'Etats, et sur la possibilité de réformer la procédure d'adoption des traités internationaux de l'UE de manière générale.

IV. Du point de vue du droit des Etats membres de l'UE

On peut aussi critiquer l'avis 2/13 du point de vue des Etats membres de l'UE. Certains ont en outre des intérêts très différents de celui de l'UE quant à l'avenir du processus d'adhésion à la CEDH.

Tout d'abord, il faut souligner la contradiction flagrante entre l'avis 2/13 et les intérêts et volontés internationales exprimées par la majorité des Etats membres quant à l'adhésion. C'est en tout cas ce qu'on peut dire de vingt-quatre des vingt-huit Etats membres au vu de leurs soumissions lors de la procédure d'avis. Une telle contradiction, courante dans le contexte du droit de l'UE, est sans précédent dans le domaine de la négociation d'un accord international, et ce alors que toutes

⁹⁵ CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 183-4: « 183. Toutefois, la Cour a également précisé qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, par conséquent, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (voir avis 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, points 21, 23 et 26, ainsi que 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, point 76; voir également, en ce sens, arrêt Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, ECLI:EU:C:2008:461, point 282). 184. En particulier, l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH, telle que prévue dans l'accord envisagé, ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union (voir avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, points 30 à 35, ainsi que 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, point 13). ».

⁹⁶ Voir *Kuijper* (note 2).

les autres institutions de l'UE étaient plus ou moins du même avis que les Etats membres. D'ailleurs, les quatre Etats membres qui n'ont pas soumis d'observations devant la CJUE, à savoir la Croatie, la Slovénie, le Luxembourg et Malte, n'avaient pas exprimé d'objections claires durant les négociations.

Ensuite, il faut évoquer également les conséquences du manque de confiance de la CJUE vis-à-vis des Etats membres quant au respect du droit de l'UE. Ce manque de confiance fait bien sûr écho au refus récent de la CJUE de faire céder la primauté du droit de l'UE devant les droits fondamentaux des Etats membres dans *Melloni*, mais il est désormais étendu à leurs obligations en droit international des droits de l'homme. Plusieurs Etats membres (et leurs juridictions constitutionnelles)⁹⁷ sont soucieux désormais de lutter contre la tendance à la centralisation du droit de l'UE par le biais des droits fondamentaux de l'UE et pourraient voir dans l'avis 2/13 la dernière manifestation de cette centralisation.

Finalement, il y a lieu de mentionner l'agenda offensif, voire séparatiste de certains Etats membres de l'UE face à la CEDH (p.ex. le Royaume-Uni). Cet agenda pourrait bien interférer avec la réaction de l'UE à terme et il sera intéressant de voir comment il se manifesterait parmi les autres réactions nationales à l'avis 2/13.

V. Du point de vue du droit des Etats parties à la CEDH

Les Etats parties à la CEDH ont eux aussi un intérêt, quoique distinct de celui de la CEDH, à ne pas céder sur certains des éléments essentiels du système conventionnel.

C'est notamment le cas pour les Etats parties considérés comme des « *hard-liners* » durant les négociations et qui ont souligné le prix des compromis faits en faveur de l'UE après le premier projet, tels que la Suisse, la Turquie et la Russie.

Evidemment, la Suisse est moins bien placée que les deux autres Etats parties désormais pour maintenir une ligne ferme en cas de re-négociation. En effet, elle bénéficierait davantage de l'adhésion de l'UE à la CEDH du fait de l'intensité de son « intégration » avec le droit de l'UE (en particulier dans le cadre de Schengen-Dublin et des problèmes que génère le principe de confiance mutuelle dans ce contexte). Elle pourrait même envisager de négocier des avantages sur le dossier de la libre circulation des personnes ou l'accord institutionnel qu'elle négocie en ce moment en échange de son soutien à la révision du projet d'accord d'adhésion.

On peut enfin souligner que la Russie pourrait elle aussi avoir un intérêt à faire juger l'UE pour ses actions/omissions en matière de PESC (p.ex. en Ukraine à terme), voire à négocier la réduction ou la levée des sanctions de l'UE relatives à la crise ukrainienne en échange de son soutien à la re-négociation de l'accord d'adhésion.

⁹⁷ BVerfGE 133, 277.

G. Les réactions possibles

L'avis 2/13 est obligatoire (art. 218 al. 11 phr. 2 TFUE). Il s'en suit dès lors que soit le projet d'accord d'adhésion soit les traités doivent être révisés avant que l'adhésion ne soit possible. Concrètement, l'on peut envisager quatre réactions.

I. La modification du projet d'accord d'adhésion

Une première réaction possible à l'avis 2/13 serait la révision du projet d'accord d'adhésion. C'est aussi celle vers laquelle semblent s'orienter les institutions de l'UE.

Certaines modifications seraient lourdes à réaliser, mais faisables. Il s'agirait notamment de réviser le mécanisme de co-défendeur et les conditions de la procédure d'implication préalable; d'exclure les requêtes interétatiques entre Etats membres et entre Etats membres et l'UE devant la CourEDH; puis de limiter l'utilisation du Protocole 16, s'il est ratifié par un Etat membre de l'UE, lorsque les conditions du renvoi préjudiciel s'appliquent.

D'autres modifications seraient impossibles à obtenir ou, du moins, ne seraient pas souhaitables (et ce, comme je l'ai expliqué, tant du point de vue du droit de l'UE que du point de vue conventionnel). Il s'agirait notamment de l'exclusion de la PESC et de l'ELSJ (au-delà des déficiences structurelles manifestes) de la juridiction de la CourEDH, d'une part, et de la limitation de l'interprétation de l'art. 53 CEDH, d'autre part.

Quelle que soit l'option choisie pour cette révision, il sera utile de demander un avis à la CJUE et à la CourEDH avant même d'entamer de nouvelles négociations.

II. La révision des traités de l'UE

Une seconde réaction serait la révision des traités UE. Une telle révision est désormais nécessaire de manière générale – même si elle sera très difficile et controversée à obtenir politiquement en ce moment –, et fournirait donc l'occasion d'insérer quelques règles dans les traités relatives à l'adhésion de l'UE à la CEDH.⁹⁸

Il s'agirait aussi bien d'inclure les règles internes prévues de toute manière par le projet d'adhésion que les nouvelles règles rendues nécessaires par l'avis 2/13. Les premières pourraient comprendre des règles sur les relations entre le Protocole 16 et l'art. 267 TFUE, l'art. 344 TFUE et les requêtes interétatiques, ou encore l'implication préalable de la CJUE par le biais d'un renvoi préjudiciel forcé de la part des Etats membres dans tous les cas. Quant aux secondes, on pensera notamment aux règles relatives à la procédure d'implication préalable, aux limites à la confiance mutuelle et à la juridiction de la CJUE en matière de PESC.

⁹⁸ Voir *Andrew Duff*, EU Accession to the ECHR: What to do next, *Verfassungsblog* du 13.03.2015, <<http://www.verfassungsblog.de/en/eu-accession-to-the-echr-what-to-do-next/#.VVTAjZP2TWk>> (consulté 15.05.2015).

Une autre possibilité évoquée par *Leonard Besselink* est l'imposition pure et simple du projet d'accord d'adhésion de 2013 par une révision des traités UE dans une sorte de fronde contre la CJUE. C'est le sens de son « *Notwithstanding Protocol* ». ⁹⁹ Il y a lieu cependant de se demander si le nombre de voix requises des institutions de l'UE et des Etats membres de l'UE pourrait être réuni pour une telle imposition par révision (art. 48 TUE). En outre, plusieurs incompatibilités décelées par la CJUE dans son avis 2/13 correspondent en fait à des principes constitutionnels de l'UE qui ne figurent pas dans les traités et qui donc demeureraient valides du fait de la jurisprudence de la CJUE. ¹⁰⁰ On pensera, par exemple, au principe de confiance mutuelle, à l'autonomie du droit de l'UE ou à la juridiction exclusive de la CJUE.

III. La ratification du projet d'accord d'adhésion avec des cautèles

Une troisième réaction possible serait la ratification du projet d'accord d'adhésion 2013 tel quel, mais accompagnée de différents instruments de droit international destinés à assurer une interprétation conforme à celle de l'avis 2/13.

C'est ce que propose *Peter Jan Kuijper*. ¹⁰¹ Il envisage notamment des déclarations interprétatives (internes à l'UE, et donc unilatérales de la part des Etats membres ou mutuelles entre l'UE et ses Etats membres), des réserves ou enfin des protocoles à ajouter à l'accord d'adhésion.

Une autre possibilité plus restrictive, mais connue dans le domaine des relations internationales de l'UE et y compris avec le Conseil de l'Europe, serait l'introduction de clauses de déconnexion en faveur du mécanisme judiciaire interne à l'UE. On peut douter néanmoins de l'adéquation de ces clauses dans le cadre du mécanisme conventionnel dont la spécificité principale et l'objectif sont en fait le contrôle de la CourEDH. En outre, les risques inhérents à cette forme d'exceptionnalisme UE en matière de droits de l'homme ne doivent pas être sous-estimés. ¹⁰²

IV. L'abandon du projet d'accord d'adhésion

Enfin, une dernière réaction envisageable serait l'abandon du projet d'accord d'adhésion de 2013.

Cette solution serait compatible avec l'art. 6 al. 2 TUE puisque cet article n'impose pas d'obligation de résultat (l'adhésion), mais uniquement de moyen (la négociation d'une adhésion). Cela n'exclurait donc pas un nouveau projet

⁹⁹ Voir *Besselink* (note 2) ACELG Blog; *Besselink* (note 2) Verfassungsblog. Le texte du protocole serait le suivant (en anglais): « *The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, notwithstanding Article 6 (2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6 (2) of the Treaty on European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18. December 2014. This Protocol effects a revision of the Treaties in the sense of Article 218 (11) of the Treaty on European Union.* ».

¹⁰⁰ Voir la critique de *Kuijper* (note 2).

¹⁰¹ *Kuijper* (note 2).

¹⁰² Voir *Magdalena Licková*, *European Exceptionalism in International Law*, E.J.I.L. 2008, 463.

d'accord à terme puisque l'UE a l'obligation de rechercher l'adhésion. Ce nouveau projet d'accord d'adhésion devrait cependant être négocié non seulement dans le cadre fixé par le Protocole 8, mais aussi désormais par l'avis 2/13.

H. Les conséquences à court et long terme

I. Sur le plan politique et diplomatique

1. Dans l'UE

Dans l'UE, l'avis 2/13 a été suivi par une longue période de silence, tant de la part de la Commission européenne que des autres institutions de l'UE. Le travail a désormais repris au Conseil, mais ni les positions de l'UE ni celles de ses institutions ne sont encore connues.

Sous un angle plus positif, l'avis 2/13 aura certainement fourni l'occasion aux institutions de gagner du temps et de régler d'autres difficultés internes à l'UE.

2. Au Conseil de l'Europe

Au sein du Conseil de l'Europe, un embargo de communication a également été mis en place dans l'attente de la reprise d'initiative de l'UE et de manière à ne pas influencer indûment la réaction des institutions de l'UE. C'est notamment le cas à la CourEDH. La seule communication faite à ce jour a été celle de la promesse de protection des individus par la CourEDH faite par le Président *Dean Spielmann* lors de l'ouverture de l'année judiciaire le 31.01.2015.¹⁰³

A nouveau, et sous un angle positif, on peut voir dans cette période de latence une occasion de gagner du temps et de régler l'arriéré d'affaires de la CourEDH dans le calme. L'arrivée d'affaires de droit de l'UE, nombreuses et certainement techniques, est en effet attendue avec appréhension à la Cour.

II. Sur le plan juridique

1. En droit de l'UE

En droit de l'UE, on peut envisager différentes conséquences de l'avis 2/13 à court et long terme.

Premièrement, dans le domaine des droits fondamentaux de l'UE. On peut, tout d'abord, prédire le renforcement de la protection des droits fondamentaux de l'UE et de la Charte, et ce dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE

¹⁰³ Opening of the Judicial Year Speech of *Dean Spielmann* du 31.01.2015: « [...] the CJEU's unfavourable opinion is a great disappointment. Let us not forget, however, that the principal victims will be those citizens whom this opinion [...] deprives of the right to have acts of the EU subjected to the same external scrutiny as regards respect for human rights as that which applies to each member State. More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation. ».

depuis 2010, soucieuse de s'affirmer dans le domaine des droits fondamentaux de l'UE.¹⁰⁴ Ce développement s'est fait largement indépendamment du droit international et européen des droits de l'homme et pourrait donc continuer à l'être.¹⁰⁵ Ensuite, on pourrait assister à une attraction de juridiction de la part de la CJUE dans les domaines de l'ELSJ et de PESC, et ce de manière à développer un contrôle de constitutionnalité ou du moins de conventionnalité au sein de l'UE. C'est ce que semblent annoncer certaines des soumissions de la Commission lors de la procédure menant à l'avis 2/13.¹⁰⁶

Deuxièmement, dans les rapports entre l'UE et ses Etats membres. Des tensions croissantes ont fait suite aux affaires *Melloni* et *Fransson* quant au champ d'application des droits fondamentaux de l'UE et leur degré de protection. On peut donc s'attendre à un retour de ces contestations après un avis qui menace d'étendre l'interprétation *Melloni* aux engagements de droit international des droits de l'homme des Etats membres. Plusieurs Etats membres (et leurs juridictions constitutionnelles)¹⁰⁷ sont en effet soucieux désormais de lutter contre la tendance à la centralisation du droit de l'UE par le biais des droits fondamentaux de l'UE et pour le renforcement, au contraire, d'un véritable fédéralisme des droits de l'homme dans l'UE.

Ensuite, et dans ce contexte, il faut également évoquer le risque d'une fin progressive de l'application par les tribunaux constitutionnels nationaux de la jurisprudence *Solange II*.¹⁰⁸ Cela pourrait notamment être le cas dans les domaines dans lesquels la CJUE n'assure pas une protection suffisante des droits fondamentaux comme l'ELSJ ou la PESC, et dans lesquels les Etats membres risquent de se faire condamner seuls et toujours davantage par la CourEDH.

Troisièmement, sur le plan des rapports interinstitutionnels. Des tensions entre la Commission, le Conseil UE, le Parlement, d'une part, et la CJUE, d'autre part pourraient apparaître. Finalement, au sein de la CJUE elle-même. Des tensions internes à la Cour au sujet de l'avis 2/13¹⁰⁹ et de ses conséquences sont à prévoir. Les conséquences pourraient se ressentir notamment en lien avec le changement de présidence prochaine.

2. *En droit conventionnel*

En droit de la CEDH, on peut envisager différentes conséquences de l'avis 2/13 à court et long terme.

Premièrement, la jurisprudence *Bosphorus*. On ne peut pas exclure une remise en cause de la jurisprudence *Bosphorus* par la CourEDH et ce après dix ans de paix relative entre la CourEDH et l'UE. Ceci pourrait se faire en lien avec les

¹⁰⁴ On peut en trouver une confirmation depuis l'avis 2/13 dans CJUE, aff. C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453 (Abdida).

¹⁰⁵ Voir *de Burca* (note 7).

¹⁰⁶ Voir la soumission de la Commission dans CJUE, l'avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, cons. 96-100.

¹⁰⁷ BVerfGE 133, 277.

¹⁰⁸ BVerfGE, 73, 339 – *Solange II*, voir aussi *Halberstam* (note 2).

¹⁰⁹ Voir *Martin Scheinin*, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, *Verfassungsblog* du 26.12.2014, <<http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/#.VM9CX010zcs>> (consulté 15.05.2015).

développements jurisprudentiels à venir dans l'affaire *Al-Dulimi* si la Grande Chambre ne reprend pas la possibilité d'une présomption d'équivalence et insiste sur le respect de l'obligation de protection équivalente dans tous les cas.¹¹⁰ Même sans remise en cause de la présomption d'équivalence, on peut s'attendre à des renversements plus systématiques de la présomption par la CourEDH, dans le sillage de son arrêt *Michaud*.¹¹¹

Deuxièmement, le traitement de la PESC et de l'ELSJ. L'approche des Etats membres de l'UE pourrait devenir plus offensive à l'avenir dans leurs affaires devant la CourEDH qui concernent la mise en œuvre du droit de l'UE mais avec une marge d'appréciation, et notamment en matière de PESC et d'ELSJ. L'objectif pourrait être d'obtenir une meilleure allocation des responsabilités sur la base de la jurisprudence récente de la CourEDH en matière de responsabilité plurale,¹¹² notamment afin de ne plus porter le chapeau tout seuls parce que l'UE n'est pas partie à la CEDH. Certains auteurs envisagent même la possibilité de coalitions d'Etats membres devant la CourEDH, y compris avec le soutien intentionnel de la Cour à ces Etats.¹¹³

I. Conclusions

Après les analyses « psychologiques » et les prophéties « à bon marché » des premiers mois qui ont suivi l'avis 2/13, le temps de l'analyse juridique et des propositions pratiques est venu.

Comme l'annonçaient déjà l'avis 2/94 et le Protocole 8, l'adhésion de l'UE à la CEDH constitue un changement constitutionnel majeur dans l'ordre juridique de l'UE. Pourtant, rien n'a été fait jusqu'ici pour en prendre véritablement toute la mesure ni surtout pour prendre les choix qui s'imposent. Dans ce contexte, l'avis 2/13 n'est pas véritablement une surprise et peut même être considéré comme la preuve de la sagesse et de la prudence de la CJUE.

Il y a notamment deux dimensions de ce choix constitutionnel fondamental qu'il aurait fallu mieux anticiper après l'avis 2/94 et qu'il faudrait désormais traiter de manière urgente.

Premièrement, la nature des droits fondamentaux de l'UE. L'UE doit mûrir quant à la question de la nature des droits fondamentaux dans son ordre constitutionnel. Il s'agit notamment de trancher leurs relations face à ceux des Etats membres, avant d'adhérer à un instrument international de protection des droits de l'homme dont on connaît les effets perturbateurs pour la répartition des compétences dans les Etats fédéraux.¹¹⁴ C'était déjà le sens de l'avertissement de

¹¹⁰ CourEDH, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, Requête no 5809/08, Arrêt du 26.11.2013 (Deuxième Section), Renvoi devant la Grande Chambre le 14.04.2014.

¹¹¹ CourEDH, *Michaud c. France*, Requête no 12323/11, Arrêt du 06.12.12 (Cinquième Section), Recueil 2012.

¹¹² CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Requête no 27021/08, Arrêt du 07.07.2011 (Grande Chambre), Recueil 2011; CourEDH, *Jaloud c. Pays-Bas*, Requête no 47708/08, Arrêt du 20.11.2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

¹¹³ Voir p.ex. *Eeckhout* (note 2).

¹¹⁴ Sur ces questions, voir *Samantha Besson*, *Fédéralisme et droits de l'homme: une introduction thématique*, in: Besson/Belser (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme et*

l'Avocate générale *Sharpston* dans ses conclusions dans l'affaire *Ruiz Zambrano*.¹¹⁵

Deuxièmement, la nature de l'ordre juridique de l'UE. L'UE et ses Etats membres doivent clarifier la relation du droit de l'UE au droit international et aux juridictions internationales en particulier. L'invocation tautologique de l'autonomie du droit de l'UE, suivie de l'affirmation circulaire de sa relation à la juridiction exclusive de la CJUE ne suffisent plus à convaincre et rendent les relations internationales des Etats membres de l'UE de plus en plus difficiles.

Finalement, l'équilibre institutionnel de l'UE. On peut légitimement se demander s'il devrait être du ressort de la CJUE de se prononcer sur les relations extérieures de l'UE et de ses Etats membres à terme. Si l'on peut expliquer la raison d'être de l'art. 218 al. 11 TFUE par référence aux origines des relations extérieures de l'UE, sa justification au vu de la personnalité juridique internationale de l'UE est plus difficile à fournir aujourd'hui.

En somme, dans l'immédiat, et même si l'on peut regretter l'issue négative de l'avis 2/13, le répit momentané qu'elle octroie est certainement un service rendu à l'UE et ses Etats membres, mais aussi indirectement à la CourEDH.

les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 7; *Samantha Besson*, Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – *Je t'aime, moi non plus*, in: Besson/Belser (éd), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 2014, 215.

¹¹⁵ Conclusions de l'Avocate général, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, cons. 171-177 (*Ruiz Zambrano*).